



Roj: **STS 1215/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1215**

Id Cendoj: **28079120012023100169**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/03/2023**

Nº de Recurso: **3213/2021**

Nº de Resolución: **220/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 220/2023

Fecha de sentencia: 23/03/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3213/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/03/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia de la Comunidad Valenciana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3213/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 220/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 23 de marzo de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 3213/2021, interpuesto por **D. Arcadio**, representado por la procuradora D^a. Estefanía Laura Verdú Usano, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Prieto Palazón, contra la sentencia n.º 129/2021 de fecha 10 de mayo de 2021 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 144/2021 de fecha 18 de marzo de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Quinta en el PA 132/2020, procedente del Juzgado de Instrucción num. 15 de Valencia.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 15 de Valencia incoó procedimiento abreviado núm. 924/2019 por delito contra la intimidad, contra Arcadio; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, cuya Sección quinta, (P.A. núm. 132/2020) dictó Sentencia en fecha 18 de marzo de 2021 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"El acusado, Arcadio (DNI NUM000), a la sazón de 42 años de edad y sin antecedentes penales, era, a fecha 12 de mayo de 2019, cardiólogo adjunto de plantilla en el correspondiente servicio del hospital Clínico Universitario de Valencia en el que se hallaba prestando el servicio de guardia entre las 13:30 horas del día 11 de dicho mes de mayo y las 10:00 horas del día siguiente. Igualmente se hallaba prestando dicho servicio la médica residente de quinto año Visitación, por entonces de 28 años de edad.

El personal sanitario de servicio en la zona destinada a los ingresos de cardiología -en la planta del pabellón B de dicho hospital- dispone, en su zona

propia y entre otras dependencias de su exclusivo uso, de un aseo de reducidas

dimensiones dotado de un lavabo, un inodoro y una ducha. Esta última se halla separada del resto del aseo por un tabique y una puerta traslúcida que forman un paramento vertical cuya altura queda a 48 cm del techo de la dependencia hallándose la puerta bajo un punto de luz situado justo delante del inodoro

Siendo algo más de las 00:30 horas de dicho día 12, el acusado preguntó a la señora Visitación si iba a ducharse en dicho aseo y, cuando ésta se lo confirmó, le pidió entrar él previamente. Una vez en su interior, en el que permaneció unos quince minutos sin hacer uso perceptible de su equipamiento, instaló, con la finalidad de captar imágenes de quien usara la dependencia a continuación, un teléfono celular iPhone tras la rejilla -de 19x23'5cm- que cierra un hueco de ventilación situado en la vertical del inodoro y orientado hacia abajo. Dicho aparato tenía sus partes más brillantes (la carcasa, el logotipo de la marca y la luz junto a la cámara) cubiertas bien con tinta negra, bien con unos trozos de papel o cartón teñidos con la misma para ocultar el brillo una vez colocado en aquel escondite.

Hecho esto, salió del aseo y conminó a la señora Visitación a que pasara e hiciera uso del mismo.

Como ésta última recelara de lo ocurrido por la actitud que observó en el acusado y por anteriores comentarios, examinó el interior del aseo observando que dicha rejilla se hallaba, contra lo que era normal, abierta, y descubriendo tras ella y alumbrando con su propio teléfono el aparato ocultado por el acusado.

Una vez producido el descubrimiento, avisó a la jefa de guardia y ésta al personal de seguridad del hospital. En presencia de todos ellos, el acusado recuperó el aparato, reconoció que era suyo y pretendió quitar importancia a su acción diciendo que era una tontería y una chiquillada, y, dirigiéndose a la señora Visitación, que lo había hecho porque era su última guardia juntos y que le perdonara y no le denunciara.

Avisada la Policía, los agentes ocuparon el teléfono que les entregó el acusado, que mientras llegaban se había ausentado llevando consigo el recuperado de la rejilla. Tal aparato no ha podido ser pericialmente examinado por hallarse bloqueado y no ser hábiles para su desbloqueo ninguna de las claves proporcionadas por el acusado.

Visitación manifestó que no reclama indemnización."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y condenamos a Arcadio, como autor responsable criminalmente de un delito contra la intimidad en grado de tentativa, a las penas de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y Multa de seis meses, a razón de veinte euros diarios, así como al abono de las costas procesales.



Notifíquese la presenta a los acusados, Ministerio Fiscal y demás partes, poniendo en su conocimiento de que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el plazo de diez días siguientes al de su última notificación."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Arcadio ; dictándose sentencia núm.129/2021 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 10 de mayo de 2021, en el Rollo de Apelación 136/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"En atención a todo lo expuesto, la Sala Civil-Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana,

ha decidido:

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. ESTEFANIA LAURA VERDU USANO en nombre y representación de D. Arcadio .

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia a que el presente rollo se refiere, imponiendo, de existir, el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del **artículo** 847 y por los tramites de los **artículos** 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución.

A efectos del cómputo del indicado plazo se hace saber expresamente a las partes que la presente sentencia se notificará exclusivamente a los representantes procesales de las partes, al estimar que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (autos de 18/7/2017, Queja 20011/17, de 22/02/2018, Queja 20919/2017, de 23/05/2019, Queja 20090/2019, de 17/10/2019, Queja 20241/2019, de 11/04/2019, Queja 21145/2018, de 22/10/2020, Queja 20407/2020) no se requiere la notificación personal a sus representados"

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representación procesal de D. Arcadio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo primero.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. y del art. 5.4 de la LOPJ, por infracción del derecho constitucional y más concretamente del art. 24.1 y 2 de la Constitución Española.

Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim. por aplicación indebida del art. **197.1** del C. Penal.

Motivo tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim., al existir error en la apreciación de la **prueba**.

Motivo cuarto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del del art. 851. 3º de la LECrim, al no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos objeto de la acusación y defensa.

Motivo quinto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del del art. 852º de la LECrim, en relación con el art. 5.1 de la LOPJ.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión, y subsidiariamente su desestimación. La sala lo admitió quedando los autos conclusos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 22 de marzo de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMER MOTIVO AL AMPARO DEL **ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: LESIÓN DE LOS DERECHOS CONTEMPLADOS EN EL **ARTÍCULO 24.1 Y 2 CE****



1. Aunque el motivo se formula invocando lesión de un buen número de las garantías que integran el derecho fundamental al proceso justo y equitativo su desarrollo se centra en denunciar lesión del derecho a la presunción de inocencia. Para el recurrente, la sentencia, objeto del recurso, incurre en irracionalidad y arbitrariedad a la hora de valorar las distintas informaciones probatorias producidas en el acto del juicio. El motivo cuestiona cada uno de los fragmentos fácticos que conforman el hecho global, combatiendo el valor que se atribuye a cada uno de los medios de **prueba**. En particular, niega que las manifestaciones de la testigo Sra. Visitacion sobre que el recurrente le insistió para que se duchara resulten atendibles o que lo declarado, como testigos, por los vigilantes seguridad del Hospital, la Sra. Cristina o el agente de la Policía Nacional permita considerar suficientemente acreditado que el recurrente pidiera disculpas por haber colocado el teléfono con la finalidad de grabar el acceso a la ducha del baño compartido. Sobre este extremo fáctico, también cuestiona que haya quedado suficientemente acreditada dicha posibilidad de grabación pues el reportaje fotográfico confeccionado por la Policía acredita cómo, al existir un tabique de separación, no se podía captar el plano de la ducha, limitándose a la zona del lavabo. Lo que coliga con la constante explicación ofrecida por el propio recurrente de que su intención no era grabar a nadie en la ducha sino solo constatar que podían captarse imágenes de la repisa del lavabo. Y ello para descubrir quien, días antes, sustrajo de dicho lugar un fonendo y un frasco de colonia. Insistiendo en que el teléfono no estaba operativo para filmar sino solo para recibir llamadas. El hecho de que después de colocar el teléfono en el interior de la rejilla tuviera que marcharse para entregar un informe a una colega de otro servicio y, sin solución de continuidad, accediera al baño la Sra. Visitacion, es lo que ha generado confusión, determinando la errónea interpretación del tribunal de lo acontecido.

2. El motivo nos impone, en atención al alcance pretendido, diferentes planos de control que van desde la verificación de la validez constitucional y legal de las **pruebas** practicadas hasta la consistencia de los razonamientos probatorios empleados por el tribunal de apelación.

Si bien, debemos precisar que esta función de control y de verificación no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el derecho al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Siendo la sentencia dictada en este grado contra la que se plantea el recurso de casación. Lo que comporta que los motivos de disidencia -como principio general y, sobre todo, en relación con las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria- no pueden limitarse a la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia - vid. por todas, *STS 682/2020, de 11 de diciembre* -.

De tal modo, cuando se invoca lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, el espacio del control casacional se reconfigura. Este debe contraerse al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la **prueba**. Siendo este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia limitada de revisión que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior - vid. *STC 184/2013* -.

El control casacional en esta instancia es, por ello, más "normativo" que conformador del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de **prueba** como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a reglas epistémicas basadas en la racionalidad. No somos los llamados, sin embargo, a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

3. Y lo cierto es que tanto por la cantidad y calidad de la información probatoria producida como por los estándares de valoración empleados por los tribunales de instancia y apelación, la conclusión fáctica sobre la que se soporta la declaración de condena presenta una particular solidez.

Como es bien sabido, en los procesos de reconstrucción fáctica que incumbe a los tribunales, mediante la valoración de los medios de **prueba** producidos en el acto del juicio oral en condiciones constitucionales adecuadas, el objetivo pasa por el establecimiento de un modelo de correspondencia suficientemente aproximativa entre la verdad histórica y la verdad procesal. Dicho modelo de correspondencia, para que pueda servir como base de una sentencia de condena que destruya la presunción de inocencia constitucionalmente



garantizada, debe ser el resultado de la aplicación de reglas valorativas basadas en la racionalidad social, exteriorizables y justificadas.

Toda reconstrucción histórica, y la judicial no es una excepción, no puede asentarse en la idea o en el paradigma científico de la absoluta certeza -por lo demás, en crisis, incluso, en el modelo epistemológico de las ciencias experimentales-. De ahí, que la suficiencia de la verdad procesal se funde no tanto en la regla de la certeza entendida como reproducción exacta, sino en la correspondencia aproximativa: esto es, que el hecho declarado probado se ajuste, desde la lógica de lo razonable, a la manera en que debió producirse el hecho histórico y, correlativamente, convierta a las otras hipótesis fácticas en liza, en manifiestamente improbables, reduciéndolas a un grado de mera posibilidad fenomenológica escasa o irrelevante.

Por otro lado, cabe también recordar que la calidad de la **prueba** indirecta y, en general, de todo cuadro de **prueba** para fundar sobre sus resultados una sentencia de condena no se mide por la fuerza acreditativa intrínseca de cada uno de los datos informativos que arrojan los medios de **prueba** producidos, sino por el valor integrado de todos ellos.

Los valores específicos interactúan conformando la imagen probatoria. El valor de la **prueba**, tanto la de naturaleza directa como **indiciaria**, no se mide por una simple suma de datos fácticos sino por la lógica interacción entre ellos que es lo que permite decantar una inferencia, un hecho-consecuencia, lo suficientemente concluyente para situar, como apuntábamos, las otras hipótesis alternativas de producción en un plano de manifiesta irrelevancia probabilística.

El indicio en sí mismo considerado, y esto es lo que les caracteriza ontológicamente frente a otras informaciones probatorias provenientes de medios de **prueba** directos, carece de univocidad. Cada indicio incorpora un inevitable grado de mayor o menor ambigüedad. Por ello, la conclusividad de la inferencia a partir de hechos indiciarios se alcanza no por una simple suma de resultados sino mediante una operación más compleja. El valor que se atribuya a un indicio se acumula reforzando la propia cadena. El resultado probatorio es, por tanto, multifásico y acumulativo. La suma interaccionada de los datos probatorios indiciarios, su ajuste recíproco, es lo que reduce o incluso elimina la inicial ambigüedad de partida -vid. STS 589/2021, de 2 de julio -.

De ahí que la utilización de un *método deconstructivo* de análisis pueda arrojar, con frecuencia, una falsa representación sobre la imagen proyectada por el cuadro de **prueba** -vid. STC 126/2011 ; STS 733/2021, de 14 de octubre -. El abordaje crítico de cada uno de los indicios aisladamente considerado puede, en efecto, patentizar la insuficiencia reconstructiva de cada uno. Pero ello no comporta que el resultado acumulativo de todos los indicios, interactuando, no sea suficientemente sólido para poder declarar probada la hipótesis de la acusación.

4. El caso que nos ocupa es un buen ejemplo de lo anterior. Frente al preciso y completo discurso cognitivo-racional que justifica la declaración de hechos probados, basado en información proveniente de un cuadro probatorio cualitativamente rico, nutrido de informaciones testificales todas ellas valoradas tanto por el tribunal de instancia como por el de apelación, el recurrente se limita a criticarlo mediante la introducción de una hipótesis alternativa que se sostiene sobre una deconstrucción de los datos probatorios. Se elude el análisis del cuadro de **prueba** y, en esa medida, la crítica conjunta de sus resultados. Lo que resta consistencia revocatoria al motivo.

5. El tribunal de instancia justifica cognitivamente, utilizando máximas de experiencia comunes y razonables, la inferencia sobre la finalidad buscada por el recurrente con la colocación oculta de su teléfono móvil en la rejilla del baño de uso común destinado a los profesionales que estaban de guardia en el hospital: captar la imagen de la Sra. Estibaliz mientras se duchaba.

Inferencia que valida el tribunal de apelación, identificando, primero, las bases probatorias de las que se extraen cada uno de los hechos-indiciarios. Y, segundo, trazando los diferentes puentes inferenciales entre los diferentes indicios que conforman el cuadro de **prueba**. Lo que permite decantar un resultado inferencial incontestable.

El tribunal parte de cinco hechos indiciarios, acreditados por **prueba** directa: primero, tal como manifestó la Sra. Estibaliz, médica de guardia, el recurrente le insistió de manera reiterada para que se duchara en el aseo disponible para el personal facultativo del hospital; segundo, instantes antes, el hoy recurrente, como reconoció en el acto del juicio, había accedido a dicho baño e introducido un teléfono móvil en la rejilla; tercero, como manifestaron los agentes de seguridad que intervinieron a instancias de la jefa de urgencias, Sra. Cristina, y cabe observar del reportaje fotográfico elaborado por la Policía Nacional, el teléfono estaba en condiciones de grabar y enfocado hacia la zona de la ducha; cuarto, la Sra. Estibaliz, como afirmó en el acto del juicio, al acceder al cuarto de baño, y motivada por las sospechas que le generó la insistencia del recurrente para que se duchara, se apercibió de la colocación oculta del teléfono dentro de la rejilla, dando inmediato aviso a la jefa



de la guardia y al personal de seguridad; quinto, como manifestaron tanto los vigilantes de seguridad como la Sra. Cristina y la propia Sra. Estibaliz, cuando regresó el recurrente y se le exigieron explicaciones sobre la colocación del teléfono en el interior de la rejilla este le limitó a pedir disculpas y a solicitar a la Sra. Estibaliz que no le denunciara, sin aportar ninguna explicación alternativa.

6. La lógica y razonable concomitancia de tales hechos-base conduce, sin dificultad alguna, a la conclusión alcanzada: que el hoy recurrente pretendía captar imágenes de la Sra. Estibaliz mientras se duchaba. Conclusión que se presenta no solo como la hipótesis más altamente probable, sino que, además, sitúa a la hipótesis defensiva del recurrente en un territorio de irrelevante posibilidad fenomenológica.

Sobre esta cuestión, debe recordarse que la explicación absurda o increíble de la persona acusada sobre la presencia en el lugar del crimen, sobre la tenencia de instrumentos del mismo o sobre la posesión de sus efectos puede ser objeto de valoración probatoria y si bien no puede fundar por sí misma la convicción de culpabilidad, sí puede ser utilizada, razonablemente, para reforzar la propia cadena de los indicios que conforman la inferencia, sin que ello suponga lesión alguna del derecho fundamental a la no autoincriminación, tal como ha venido a establecer con claridad tanto el Tribunal Constitucional - SSTC 56/96, 24/97-) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -caso Murray contra Reino Unido, de 8 de febrero de 1996; caso Averill contra Reino Unido, de 6 de junio de 2000-. En el fondo, dicha doctrina lo que sugiere es un estándar de racionalidad: si la hipótesis acusatoria ha alcanzado, a consecuencia de la **prueba** plenaria, un grado de corroboración suficientemente aproximativa, la conclusividad de la inferencia solo podría verse, en términos cognitivos, afectada si la persona acusada, pudiendo, ofreciera una explicación razonable y verificable que la neutralizara o, al menos, introdujera una duda razonable.

En estos supuestos, en los que la acusación satisface la carga que le incumbe y el resultado valorativo de la **prueba** producida a su instancia, en términos racionales, confirma la afirmación de participación criminal, el valor de la coartada inverosímil de la persona acusada no sería, en puridad, probatorio sino argumental: esto es, la presuntiva existencia de hipótesis alternativas de no participación que la persona acusada no explica de forma mínimamente convincente incorporaría un nivel bajísimo o despreciable de corroboración que no afectaría la solidez de la hipótesis acusatoria basada en medios de **prueba** que arrojen resultados sólidos.

En el supuesto que nos ocupa, la sentencia recurrida analiza con detalle la explicación ofrecida por el recurrente, descartando la más mínima atendibilidad. Además de la ausencia de acreditación de que el hoy recurrente sufriera la sustracción de sus pertenencias días antes de que colocara el teléfono en la rejilla del baño de uso común, resulta imposible identificar relación posible de utilidad entre dicha colocación y el fin que, se afirma, perseguía con ello: identificar a la persona responsable de la afirmada sustracción.

La introducción por el recurrente de una hipótesis alternativa adquiere un mero valor dialéctico que, en modo alguno, debilita la altísima probabilidad de la que goza la inferencia alcanzada por el tribunal de instancia. Lo posible no es suficiente para privar de valor reconstructivo a lo altísimamente probable.

No ha existido, pues, vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

SEGUNDO MOTIVO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM, POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 197.1º CP

7. El recurrente combate su condena como autor de un delito contra la intimidad del **artículo 197.1** CP pues nunca tuvo la intención de captar o grabar a persona alguna. Su única finalidad era comprobar para su conocimiento si desde la rejilla del aseo se visualizaría el espacio donde está ubicado el lavabo y la repisa del mismo. En síntesis, se afirma, actuó como *si fuera un detective privado (sic) pero no para descubrir o vulnerar la intimidad de otro*.

8. El motivo no puede prosperar. Debe recordarse que cuando lo que se cuestiona es exclusivamente el juicio normativo debe hacerse desde el respeto a los hechos que se declaran probados. Estos identifican el punto de partida del razonamiento decisorio, delimitando el campo de juego del análisis casacional. Constituyen el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso. Lo que impide que, por la vía del motivo por infracción de ley penal sustantiva, se pretenda la revisión de las bases probatorias de lo declarado probado que es lo que, en puridad, se pretende con este motivo.

9. El recurrente no cuestiona la subsunción sino los presupuestos fácticos de la misma declarados probados. Y estos, en efecto, arrojan con claridad que el recurrente urdió un plan con la finalidad de lesionar la intimidad de la Sra. Estibaliz.

Los gravámenes de suficiencia probatoria ya han sido analizados y descartados al hilo del examen del primer motivo del recurso.



TERCER MOTIVO AL AMPARO DEL **ARTÍCULO 849.2º** LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA VALORACIÓN DEL REPORTAJE FOTOGRÁFICO OBRANTE A LOS FOLIOS 200 Y 201 DE LAS ACTUACIONES PREVIAS

10. El recurrente denuncia error de valoración probatoria pues, a su parecer, el reportaje fotográfico elaborado por la Policía Judicial permite apreciar con toda claridad, primero, que el aseo está totalmente separado de la ubicación o del espacio de la ducha y, segundo, que desde la ubicación del móvil en la rejilla era imposible obtener fotografía exacta del lugar donde está ubicado el lavabo y su repisa. Al tiempo, considera que la Sra. Estibaliz no ha sufrido perjuicio por la acción por lo que no se ha producido el resultado típico exigido por el tipo.

11. El motivo carece de toda consistencia. Y ello porque se identifica un claro desajuste entre lo que se pretende y el cauce casacional escogido para ello.

Como es bien sabido, al hilo de los reiterados pronunciamientos de esta Sala -vid. por todas, SSTS 200/2017, de 27 de marzo; 362/2018, de 18 de julio; 614/2021, de 8 de julio; 610/2022, de 17 de junio- el espacio en el que puede operar el motivo de casación previsto en el **artículo 849.2** LECrim se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza como si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

Error que ha de tener la suficiente relevancia para alterar precisamente la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida. Pero, además, el éxito del motivo reclama que se den determinadas condiciones de producción: primera, ha de fundarse en una verdadera **prueba** documental y no de otra clase, como las **pruebas** personales, aunque estén documentadas en la causa; segunda, ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material en la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra **prueba** ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; tercera, el motivo no permite una revalorización del cuadro probatorio para, de ahí, atribuir al documento el valor reconstructivo que la parte pretende; cuarta, muy vinculada a la anterior, el dato que el documento acredita no debe entrar en contradicción con otros elementos de **prueba**, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración; quinta, el dato documental que contradiga el hecho probado debe tener virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo en la medida que puede alterar los términos del juicio de subsunción.

12. Pues bien es obvio que el motivo formulado no satisface ninguna de estas condiciones de estimación. Ni el documento invocado tiene valor literosuficiente ni, desde luego, el afirmado error probatorio podría apreciarse sin una revalorización integral de los resultados que arroja el cuadro de **prueba**.

Pero, además, en el caso, la sentencia recurrida valora de manera precisa y convincente la información probatoria documental llegando a conclusiones completamente divergentes a las sostenidas por el recurrente. En efecto, el tribunal de apelación considera que las fotografías obrantes a los folios 200 y 201 de las actuaciones corroboran la información aportada por los testigos sobre la idoneidad de la acción ejecutada para captar imágenes protegidas por la expectativa constitucional de privacidad que garantiza el **artículo 18.1** CE.

13. Y por lo que se refiere a la desconexa invocación que se contiene en el motivo a la ausencia de perjuicio como resultado típico, simplemente recordar que la naturaleza del delito del **artículo 197.1** CP es de mera actividad por lo que su consumación no precisa de ningún resultado material ni de descubrimiento de secreto ni de afectación de la intimidad protegida mediante la captación de imágenes -vid. STS 377/2018, de 23 de julio-. Basta que el sujeto activo ejecute la acción idónea con la finalidad de lesionar de manera significativa el derecho a la intimidad de un tercero -vid. STS 553/2015, de 6 de octubre-. Como, sin duda, acontece en el caso que nos ocupa.

CUARTO MOTIVO AL AMPARO DEL **ARTÍCULO 851.3º** LECRIM, POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: AUSENCIA DE RESPUESTA A LA COMPARECENCIA DE LA TESTIGO SRA. Mariana

14. El recurrente denuncia que ni la sentencia de instancia ni la de apelación contengan mención alguna al testimonio prestado por la testigo Sra. Mariana . Información relevante pues permite acreditar cómo el hoy recurrente después de instalar el teléfono en la rejilla del baño se dirigió hacia donde se encontraba aquella para entregarle un informe. Silencio que debe calificarse como un grave vicio de incongruencia.

15. El motivo no puede correr mejor suerte que el anterior.

Su formulación se desvía de manera manifiesta del cauce casacional invocado. La unidad de medida que debe utilizarse para analizar si la sentencia no resolvió los puntos que fueron objeto de acusación y defensa no es



la que marca la relación entre la alegación de la parte y el fundamento de la decisión, sino entre lo que se pretende y lo que se decide -vid. SSTC 67/2001 y 169/1994-.

Como de forma reiterada ha destacado el Tribunal Constitucional, la distinción entre alegaciones de las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, comporta que mientras que para las primeras basta una respuesta global o genérica, las segundas entrañan un deber cualificado de respuesta judicial -vid. SSTC 26/97, 114/2003-.

16. En el caso, frente a lo que se afirma por la recurrente, no existe el más mínimo trazo de incongruencia. Tanto la sentencia de instancia como la de apelación respondieron de forma explícita a los fundamentos pretensionales tanto de la acusación como del hoy recurrente, satisfaciendo sobradamente el derecho de las partes a recibir una respuesta judicial fundada y congruente -vid. por todas, SSTC 58/1996, 124/2000, 114/2003 y 218/2004-.

La no mención a las manifestaciones de la testigo Sra. Mariana en el análisis del cuadro probatorio se explica por su absoluta irrelevancia. Ni en la instancia ni en la apelación se cuestionó el hecho defensivo introducido por el recurrente -que entregó un informe a la Sra. Mariana después de instalar el teléfono en el interior de la rejilla-. Si bien se descartó el más mínimo significado para neutralizar la **prueba** de la hipótesis acusatoria.

QUINTO MOTIVO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SIC): LESIÓN DEL ARTÍCULO 24 CE

17. En puridad, el motivo carece de desarrollo. Se limita, como reconoce el propio recurrente, a reiterar el primero de los motivos. Considera que se ha lesionado su derecho a la presunción de inocencia y, por ello, también el derecho a la tutela judicial efectiva.

18. Procede su desestimación, remitiéndonos a las razones ya expuestas al hilo del primero de los motivos.

CLÁUSULA DE COSTAS

19. De conformidad a lo previsto en el **artículo** 901 LECrim, procede la condena del recurrente al pago de las costas de este recurso.

CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN

20. Tal como dispone el **artículo** 109 LECrim y **artículo** 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de la Sra. Estibaliz .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. Arcadio contra la *sentencia de 10 de mayo de 2021 de la Sección de apelaciones de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana* .

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes y comuníquese de forma personal a la Sra. Estibaliz haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.